



Roj: **STSJ MU 1456/2019 - ECLI:ES:TSJMU:2019:1456**

Id Cendoj: **30030340012019100724**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **19/06/2019**

Nº de Recurso: **123/2019**

Nº de Resolución: **734/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOAQUIN ANGEL DE DOMINGO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA SOCIAL

MURCIA

SENTENCIA: 00734/2019

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

PASEO DE GARAY, 5 - 2ª PLANTA - 30005 - MURCIA

Tfno: 968 22 92 16 (UPAD)

Fax: 968 22 92 13 (UPAD)

Correo electrónico: tsj.social.murcia@justicia.es

NIG: 30030 44 4 2017 0006323

Equipo/usuario: ACL

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000123 /2019

Procedimiento origen: DSP DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000769 /2017

Sobre: DESPIDO DISCIPLINARIO

RECURRENTE/S D/ña Maribel

ABOGADO/A: ANA DOLORES SANCHEZ TOLEDO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: NUTRIBAN NUTRICION S.L., DIRECCION000 CB , Secundino , Otilia , FONDO DE GARANTIA SALARIAL FOGASA

ABOGADO/A: RAUL ZAPATA HERNANDEZ, RAUL ZAPATA HERNANDEZ , RAUL ZAPATA HERNANDEZ , RAUL ZAPATA HERNANDEZ , LETRADO DE FOGASA

PROCURADOR: , , , ,

GRADUADO/A SOCIAL: , , , ,

En MURCIA, a diecinueve de junio de dos mil diecinueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los Ilmos. Sres. D. RUBÉN ANTONIO JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, D. JOSÉ LUIS ALONSO SAURA y D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, de acuerdo con lo prevenido en el art. 117.1 de la Constitución Española, en nombre S.M. el Rey, tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el presente recurso de suplicación interpuesto por D^a. Maribel , contra la sentencia número 383/2018 del Juzgado de lo Social número 4 de Murcia, de fecha 26 de octubre de 2018 , dictada en proceso número 769/2017, sobre DESPIDO, y entablado por D^a. Maribel frente a NUTRIBAN NUTRICIÓN S.L., a DIRECCION000 CB, a los comuneros D. Secundino y D^a. Otilia y al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

En la resolución del presente recurso de suplicación, actúa como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOAQUÍN ÁNGEL DE DOMINGO MARTÍNEZ, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Hechos Probados en la instancia y fallo.

En la sentencia recurrida, se consignaron los siguientes hechos probados:

PRIMERO: La demandante D^a. Maribel , con DNI n^o NUM000 , ha venido prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada NUTRIBAN NUTRICION SL, con CIF n^o B-73941536, dedicada a la actividad de dietética y nutrición, con antigüedad de 2 de diciembre de 2015, categoría profesional de especialista en nutrición, y salario mensual, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, de 1.232,50 € brutos, con prorrata de pagas extraordinarias, a efectos indemnizatorios y diario de 40,52 € a efectos de salarios de trámite, en virtud de contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial (7 horas). Entre las tareas que realizaba la actora está la de gestión la web de la empresa y redes sociales.

SEGUNDO: Es aplicable el Convenio colectivo Establecimientos Sanitarios.

TERCERO: La relación laboral se inició el citado día 2 de diciembre de 2015 con la empresa DIRECCION000 CB, siendo comuneros de dicha Comunidad de Bienes D. Secundino y D^a Otilia , en virtud de contrato de trabajo temporal en la modalidad de eventual por circunstancias de la producción, que fue prorrogado con ampliaciones de jornada hasta que el día 1 de marzo de 2017, la empresa NUTRIBAN NUTRICION SL, se subrogó en los derechos y obligaciones de la trabajadora, transformando en contrato en indefinido.

CUARTO: La actora tiene un perfil abierto y en uso en una página de internet denominada CRONOSHARE, ofreciendo sus servicios profesionales como dietista y nutricionista online, telefónico y presencial desde abril de 2017. Posteriormente, abre una página de internet y Facebook, bajo la denominación de DIETA BALANCE, ofreciendo sus servicios como dietista y nutricionista.

QUINTO: El día 19 de junio de 2017, la actora acudió a su puesto de trabajo en el centro de trabajo de la demandada sito en, Camino de los Romanos, 90, Alcantarilla (Murcia), y allí la dirección de la empresa le convocó a una reunión en el mismo centro de trabajo, en concreto en el despacho de D. Secundino , a puerta cerrada, que tuvo lugar entre las 9:00 y las 10:00 horas del citado día, y en la que se le expusieron a la demandante los hechos mencionados en el ordinal anterior de los que la empresa había tenido conocimiento. Tras finalizar la reunión la actora se marchó del centro de trabajo.

SEXTO: La actora, ese mismo día 19 de junio de 2017 a las 19:00 horas, presentó papeleta de conciliación por despido y cantidad, señalándose la fecha de celebración del acto de conciliación para el 16 de octubre de 2017 a las 11:00 horas.

SEPTIMO: La papeleta de conciliación se le notificó a la empresa el día 20 de septiembre por correo electrónico.

OCTAVO: La empresa demandada NUTRIBAN NUTRICION SL, el día 22 de septiembre de 2017 remitió a la trabajadora demandante un burofax por el que se le comunicaba su despido disciplinario con efecto del día 22 de septiembre de 2017 y cuyo tenor literal es el siguiente:

"Por la presente la dirección de esta empresa, le comunica que ha tomado la decisión de rescindir su contrato y proceder a su Despido Disciplinario, por la comisión de una infracción de carácter muy grave, conforme al art 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y en relación al art. 44.3.f del Convenio colectivo Establecimientos Sanitarios. Los motivos de esta decisión se basan en los siguientes hechos:

El art 54.2.d) del Real Decreto Legislativo 1/1995 , por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, establece que tendrá la consideración de falta muy grave:

"la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo"

Igualmente el art. 44.3.c) del convenio colectivo, establece que tendrá la consideración de falta muy grave "la transgresión de la buena fe contractual, el fraude, la deslealtad, el abuso de confianza y la concurrencia desleal a la empresa"

En este sentido, debemos informarle que en días inmediatamente anteriores al 19 de septiembre de 2017, se pone en conocimiento de la empresa, que usted dispone de un perfil abierto y en uso en una página de internet denominada CRONOSHARE, ofreciendo sus servicios profesionales como dietista y nutricionista online, telefónico y presencial desde abril de 2017.

Así mismo posteriormente, abre una página de internet y Facebook, bajo la denominación de DIETA BALANCE, ofreciendo sus servicios como dietista y nutricionista.

Se contrasta que dichas páginas y perfiles son suyos, ya que cuenta con documentos fotográficos teléfonos y correos personales. Llegando a utilizar como imagen principal una imagen tomada por nuestra empresa sobre su persona, que utilizamos en nuestra página de NUTRIBAN, tan solo recortando la foto para que no se vea el logotipo y denominación de nuestra empresa. (Protección de datos)

Al tener conocimiento de todo esto, el día 19 de septiembre de 2017 a las 10:00 horas nos reunimos con usted, tras exponerle todos los hechos, tomamos la decisión de que se tomara el día de vacaciones para poder hablar con Asesores, informáticos y protección de datos, que en ningún momento se habló de despido, faltando a la verdad en su posterior papeleta de conciliación.

Procedemos el mismo día 19 de septiembre de 2017 al envío a su domicilio de un burofax, informándole que tomara dos días más de vacaciones y se personara el viernes 22 de septiembre de 2017 en su puesto de trabajo. A fin de asegurar totalmente esta falta muy grave y contrastar el alcance de sus actos.

El día 20 septiembre de 2017, nos llaman sus abogados ofreciendo un acuerdo por su despido, hecho (despido) que a la fecha no se ha producido y en ningún momento se habló de ello, llegándonos incluso el mismo día 19 de septiembre de 2017 a presentar papeleta de conciliación por despido verbal, no siendo ciertos los hechos expuestos en dicha papeleta. Conforme a la papeleta de conciliación facilitada por sus abogados.

Que Nutribán Nutrición S.L a fecha 22 de septiembre sigue manteniéndola en alta en plantilla, como se puede comprobar en su vida laboral.

Que entendemos que usted con todo esto lo que pretende, es forzar su salida de esta empresa asegurando la situación legal de desempleo, junto con indemnización por despido improcedente.

A la vista de todo lo acontecido, esta empresa ha decidido rescindir su relación laboral con fecha efectos 22 de septiembre de 2017 en base a despido disciplinario conforme al art.54.2.d) de Estatuto de los trabajadores y 44.3.f) de convenio colectivo.

Además le comunicamos que debe proceder a devolver cualquier material ropa o utensilio que obre en su poder y que sea propiedad de esta empresa, en un plazo de 5 días desde la presente comunicación.

Poniendo a su disposición el finiquito correspondiente de salario, hasta la fecha de hoy

Sin otro particular

Nutribán Nutrición S.L".

SEGUNDO .- Fallo de la sentencia de instancia.

En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo: "Desestimo la demanda interpuesta por D^a. Maribel frente a la empresa demandada Maribel , NUTRIBAN NUTRICION SL, DIRECCION000 CB, y los comuneros D. Secundino y D^a Otilia , y el FOGASA, declaro la inexistencia de despido verbal y la procedencia del despido acordado por la empresa demandada con efectos del día 22 de septiembre de 2017, convalidando así la extinción del contrato de trabajo que el despido produjo, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, absolviendo a la demandada de la pretensión en su contra deducida".

TERCERO .- De la interposición del recurso y su impugnación.

Contra dicha sentencia fue interpuesto recurso de suplicación por la Letrada D^a. Ana Dolores Sánchez Toledo, en representación de la parte demandante.

CUARTO .- De la impugnación del recurso.

El recurso interpuesto ha sido impugnado por el Letrado d. Raúl Zapata Hernández en representación de la parte demandada NUTRIBAN NUTRICIÓN, S.L., DIRECCION000 C.B., D. Secundino y D^a. Otilia .

QUINTO .- Admisión del recurso y señalamiento de la votación y fallo.

Admitido a trámite el recurso se señaló el día 17 de junio de 2019 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes



FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Social nº 8 de Murcia se dictó sentencia el 26.10.18 en los autos sobre Despido, seguidos a instancia de doña Maribel contra Nutriban Nutrición SL, DIRECCION000 CB y los comuneros don Secundino y doña Otilia y el Fogasa, desestimando la demanda y declarando la inexistencia de despido verbal y la procedencia del despido de 22.9.17.

FUNDAMENTO SEGUNDO .- Por la actora se planteó recurso de suplicación para que se estime su demanda (despido improcedente). Recurso que fue impugnado por la empresa demandada que pidió su desestimación y la confirmación de la sentencia.

FUNDAMENTO TERCERO .- Se ampara la recurrente en el apartado b) del art. 193 LJS para que se revise el hecho probado:

A) Cuarto que dice "La actora tiene un perfil abierto y en uso en una página de internet denominada CRONOSHARE, ofreciendo sus servicios profesionales como dietista y nutricionista online, telefónico y presencial desde abril de 2017. Posteriormente, abre una página de internet y Facebook, bajo la denominación de DIETA BALANCE, ofreciendo sus servicios como dietista y nutricionista." Para que diga: "La actora tiene un perfil abierto en una página de internet denominada CRONOSHARE, plataforma web que te ayuda a obtener nuevos trabajos o clientes, en la que se oferta como dietista y nutricionista online, telefónico y presencial desde abril de 2017. Posteriormente abre una página de internet y Facebook, bajo la denominación de DIETA BALANCE, ofreciendo compartir conocimientos de nutrición y dietética".

La versión ofrecida es compatible con la judicial

B) Quinto, que dice: "El día 19 de junio de 2017, la actora acudió a su puesto de trabajo en el centro de trabajo de la demandada sito en, Camino de los Romanos, 90, Alcantarilla (Murcia), y allí la dirección de la empresa le convocó a una reunión en el mismo centro de trabajo, en concreto en el despacho de D. Secundino , a puerta cerrada, que tuvo lugar entre las 9:00 y las 10:00 horas del citado día, y en la que se le expusieron a la demandante los hechos mencionados en el ordinal anterior de los que la empresa había tenido conocimiento. Tras finalizar la reunión la actora se marchó del centro de trabajo". Proponiendo esta redacción: "El día 19 de junio de 2017, la actora acudió a su puesto de trabajo en el centro de trabajo de la demandada sito en, Camino de los Romanos, 90, Alcantarilla (Murcia), y allí la dirección de la empresa le convocó a una reunión en el mismo centro de trabajo, en concreto en el despacho de D. Secundino , a puerta cerrada pero oyéndose discutir, que tuvo lugar entre las 9:00 y las 10:00 horas del citado día, y en la que se le expusieron a la demandante los hechos mencionados en el ordinal anterior de los que la empresa había tenido conocimiento. Tras finalizar la reunión la actora fue despedida verbalmente".

No se acredita la redacción propuesta por lo que debe ser mantenido dicho hecho probado en la forma redactada en la instancia.

FUNDAMENTO CUARTO .- Al amparo del apartado c) del art. 193 LJS se argumenta en el recurso, infracción del art. 52.2 ET , 216 LEC y 105.1 LJS y de los art. 21.1 , 54.2 y 56 ET .

Motivo que no puede ser estimado ya que no existe en la sentencia recurrida vulneración alguna de preceptos legales, ni de principios alegados, ni de jurisprudencia. Y ello por cuanto no queda probado, por quien recae la carga de la prueba que es en la actora dada la negación de la empresa, que el 19.9.17 la actora fuera despedida verbalmente y por el contrario existe un burofax (prueba testifical) de la demandada a la demandante diciéndole que tenía vacaciones hasta el día 22 .9,17, debiéndose incorporar al trabajo ese día. El mismo día 22 por burofax le entrego carta de despido por unos hechos que están acreditados y que justifican la proporcionalidad de la sanción de despido.

Dichos hechos consisten en que la actora abrió el 14 de abril de 2017, un perfil y en uso en internet denominado CRONOSHARE, donde ofrecía sus servicios profesionales como dietista y nutricionista online telefónico y presencial desde ese día de abril de 2017 (doc.5) hasta al menos la fecha del despido. Posteriormente abrió una página en Facebook y en internet bajo la denominación de DIETA BALANCE, donde ofrecía sus servicios como nutricionista y dietista (doc.7 de 19.9.17).

Todo ello, supone una competencia desleal pues gestionaba las redes sociales y web de la empresa en beneficio propio, que encaja en el art. 5 a) y 20.2 ET y una trasgresión de la buena fe contractual de los art. 54 y 55 del ET . Por lo que la sentencia debe ser confirmada.

FALLO



En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Desestimar el presente recurso de suplicación interpuesto por D^a. Maribel , contra la sentencia número 383/2018 del Juzgado de lo Social número 4 de Murcia, de fecha 26 de octubre de 2018 , dictada en proceso número 769/2017, sobre DESPIDO, y entablado por D^a. Maribel frente a NUTRIBAN NUTRICIÓN S.L., a DIRECCION000 CB, a los comuneros D. Secundino y D^a. Otilia y al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL; y confirmar como confirmamos el pronunciamiento de instancia.

Dese a los depósitos, si los hubiera, el destino legal.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento (SCOP) y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiera sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingreso en la cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en el Banco de Santander, S.A.

Dicho ingreso se podrá efectuar de dos formas:

1.- Presencialmente en cualquier oficina de Banco de Santander, S.A. ingresando el importe en la cuenta número: 3104-0000-66-0123-19.

2.- Mediante transferencia bancaria al siguiente número de cuenta de Banco de Santander, S.A.: ES55-0049-356 9-9200-0500-1274, indicando la persona que hace el ingreso, beneficiario (Sala Social TSJ Murcia) y en el concepto de la transferencia se deberán consignar los siguientes dígitos: 3104-0000-66 -0123-19.

En ambos casos, los ingresos se efectuarán a nombre de esta Sala el importe de la condena, o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiese en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por éstos su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría del SCOP, al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de seiscientos euros (600 euros), en la entidad de crédito Banco de Santander, S.A., cuenta corriente indicada anteriormente.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigase en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.